

担保保存義務に関する一考察

——判例・学説の推移(七)——

辻 博 明

- 一 はじめに——問題設定
- 二 初期の判例・学説——動揺期
中期（大正・昭和初期）の判例・学説
——間接義務概念の導入・制度の位置付けの対立・民法第三九二条との交錯・特約論の登場・その他
- 三 「間接義務」概念の導入——ドイツ法の注入
制度の位置付けの相違——柚木説と西村説を中心に（以上本誌五六巻三・四号）
民法第三九二条二項との制度的交錯——複雑化の新たな要因
担保保存義務の免除特約論
その他の問題点
- 四 後期の判例・学説——企業法務の展開、判例・学説による制度の微調整
特約論の重点化——議論の座標軸の変換（以上本誌五七巻二号）
要件の「不確定要因」——判例・学説・金融実務家の主張からの抽出（以上本誌五七巻三号）
議論の擦れ違いとその背景——法的思考の視点から（以上本誌五七巻三号）
- 五 最近の判例・学説の動向とその到達点
(1) 免除特約の「援用制限」判決の出現——昭和五〇年代の高裁判決
(2) 免除特約の「空洞化」の叫び——金融実務の反応、新たな学説
(3) 最高裁平成二年判決の登場——重過失要件の追加

- ① 最高裁判平成二年判決の分析
- ② 最高裁判平成二年判決の再検討——物件調査はどの程度までなされたのか
- ③ 担保の「解除」ケースへの対応——残る懸念とその要因 (以上本誌五七卷四号)
- (4) 懸念された問題の現実化——解除ケースの出現
- ① 最高裁判平成七年判決の登場
- (i) 京都地裁平成三年判決(一審)
 - (a) 京都地裁平成三年判決の法的構成——重過失要件の維持
 - (イ) 担保喪失後の第三取得者と免責の成否
 - (ロ) 免除特約の効力の承継
 - (ハ) 免除特約の主張と信義則違反・権利濫用
- (b) 京都地裁平成三年判決の検討——学説・金融実務の分析を手掛かりに
 - (イ) 担保の解除と金融の常識
 - (ロ) 信義則違反の判定——解除ケース、故意・重過失の認定
 - (ハ) 特約の第三者効
- (ii) 大阪高裁判平成六年判決(二審)——一審の推論との相違点の分析
 - (a) 大阪高裁判平成六年判決の検討——法的構成・判定要素の変化(京都地裁平成三年判決との対比)
 - (イ) 当事者の主張
 - (ロ) 第五〇四条所定の故意
 - (ハ) 免除特約の効力と第三者
 - (ニ) 免除特約の主張と信義則違反の判定
 - (ホ) 大阪高裁判平成六年判決の特色——事実認定と法的構成
 - (b) 学説・金融実務の見解の分析
 - (イ) 取引上の合理性の考慮——大阪高裁判平成六年判決の意義
 - (ロ) 免除特約による対応の限界——第三取得者の出現時による結論の違い、求償権の有無の考慮
 - (ハ) 対応策——学説の議論の分析から
- (iii) 最高裁判平成七年判決——免除特約の判例法理形成

六
むすび

- (a) 最高裁平成七年判決の法的構成——合理性基準の導入・判定要素
- (イ) 担保保存義務免除特約の枠組み形成——合理性基準の導入
- (ロ) 判定要素——総合判断で重視された要素
- (ハ) 免除特約の第三取得者に対する効力
- (b) 学説・金融実務の分析
- (イ) 最高裁平成七年判決の意義——合理性基準の明言
- (ロ) 残された課題
- (ハ) 新たな対応策——第五〇四条への取込論
- ② 最高裁平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題
- (i) 判例法理の到達点——担保保存義務免除特約論
- (ii) 免除特約による対応の限界とその根本的原因——第五〇四条の制度設計
- (a) 免除特約による対応の限界
- (b) 第五〇四条の制度設計が抱える問題
- (iii) 解釈上の試み——第五〇四条への取込・免責対象者と主観的要件の類型化
- (iv) 新たな提言——第五〇四条の改正は必要か (以上本号)

五 最近の判例・学説の動向とその到達点

(4) 懸念された問題の現実化——解除ケースの出現

① 最高裁平成七年判決の登場

(i) 京都地裁平成三年判決(一審)

先述(3)のように、最判平二年判決(「97」判決)は、担保の差替があっても、その差替え当時の状況のもとにおいて取引上の通念に照らしX(信用保証協会)に重大な過失がなければ、担保保存義務免除特約の効力を主張することが信義則に反しあるいは権利の濫用に該当するものとすべき特段の事情がなければ、Xは担保保存義務免除特約の効力を主張できるとした。「97」判決は、担保の「差替」事案である。「97」判決によれば、担保保存義務免除特約が有効に設定されているならば、担保の差替にはなんとか対応できるといえるかもしれない。差替の場合には、価格が下落したとしても代替の担保物が残る。これに対して、担保の「解除」ケースでは、代替の担保はない。差替の事案においてさえ、担保価値の評価について重過失が認定される可能性がある。そうだとすれば、担保の解除の場合には債権者の故意が認定されるのではないか。担保の解除と差替の違いを考慮すれば、担保の解除ケースに対する懸念が表明されて当然である(先述(3)③)。

この懸念は的中し、「97」判決の翌年に現実のものとなる。それが、「100」[京都地判平三・一一・二五(最高裁平成七年判決の原々審)民集四九・六・一七六六、判タ七八四・二二七、金法一三三四・三九である。事実関係が複雑であり、争点は担保保存義務免除特約の効力だけでない。担保喪失後の第三取得者と免責の成否等も問題となっている。本件の事実関係の概要は以下の通りである。

Xが本件土地建物の所有権に基づき、これに根抵当権設定登記をしているY信用金庫に対してその抹消登記を求めるものである。

(一) 本件土地建物はもとXの母Kの所有であり、昭和五六年二月二八日、Kは、A（夫の妹の夫）の依頼を受けて、同人が京都市内にテナントビルを買い、その内装工事をする資金の融資をYから受けるにあたり、被担保債権を信用金庫取引、手形債権、小切手債権として、極度額を四億円とする本件根抵当権設定契約をし、その旨の登記をした。

(二) 昭和五六年二月三〇日、Yの連帯保証のもとに、AはN社から前示(一)の根抵当権に基づき、一億五〇〇〇万円の貸付を受けた。

(三) 同日、Aは、前示(二)の貸付をYに依頼する際、連帯保証人としてKの署名がある連帯保証書を差し入れた。

(四) 昭和五七年三月三十一日、Aは京都市内の土地にテナントビルMを新築し、同年四月一四日、これを追加共同担保として、Yに被担保債権を前示信用金庫取引、手形債権、小切手債権、極度額を前示四億円とする根抵当権の設定登記をしたうえ、N社から二億五〇〇〇万円の追加融資を受けた。

(五) 昭和五八年七月二六日、Xは、Kから本件土地隣接の二筆の譲渡（実質的に贈与）を受けて、その所有権を取得しその旨の所有権移転登記を了した。

(六) 同年十一月八日、Kが死亡し、これをXの兄弟であるI他四名が本件土地、建物を相続し、昭和六一年五月七日その旨の所有権移転登記を了した。

(七) 昭和六〇年十二月一日、Aは、前示(四)の追加融資を受けた金員の残債務一億七八〇〇万円を支払い、Yは前示(四)により追加共同担保として差し入れたテナントビルMの根抵当権設定登記を抹消した。

(八) 昭和六一年六月五日、Yは、前示連帯保証に基づき、N社に対して、Aの前示(二)の一億五〇〇〇万円の貸金

の残金九六九六〇六七円を代位弁済した。

(九) 同年七月一日、I他四名は前示(六)の土地、建物をXに譲渡し、その旨の持分全部移転登記を経た。

本件の争点は、Yがした前示(七)の共同根抵当権の抹消によって、Xは本件根抵当権につき免責を受けるか、特に、前示(七)の根抵当権抹消後に前示(九)により所有権を取得したXがYの担保保存義務違反による免責を受け得るか否か、YがKとした担保保存義務免除特約の効力等である。

〔100〕判決は、次のように判示し、根抵当権設定登記の抹消登記請求を認めた。

「(一) 担保喪失後の第三取得者と免責の成否

(1) 被告Yがした前示二二(七)の共同根抵当権登記の抹消によって、原告Xは本件根抵当権につき免責を受けるか、とくに、同(七)の根抵当権抹消後に同(九)により所有権を取得したXがYの担保保存義務違反による免責を受け得るか否かにつき、Xは、当然免責されると主張し、Yは、この場合には免責を主張できないと、争っている。

(2) Yは、前認定二二(七)のとおり、昭和六〇年二月一〇日、Aから追加融資を受けた金員の残債務である一億七八〇〇万円の支払いを受け、前認定二二(四)により追加共同担保として差し入れたテナントビルMの根抵当権設定権登記を抹消して放棄したものであって、これは民法五〇四条の債権者の担保の喪失に当たり、「代位ヲ為スヘキ者」は、その喪失により償還不能となった限度に於いて免責されるものというべきである。

もつとも、Xは、前認定二二(九)のとおり、本件根抵当権付土地建物を右抹消後の同年七月一日、Xが亡Kを相続した兄弟から譲渡を受けて、その旨の持分全部移転登記を経たものである。

(3) このように、Xのような追加共同担保の喪失後の根抵当権付土地建物の第三取得者が、民法五〇四条の「代位ヲ為スヘキ者」に当たるかについては、なるほど、X主張のように、同人が譲渡を受けた時点では、すでに共同担保自体が消滅しているから、取得前の債権者の担保喪失行為によりその利益を害されるものではないともいえる

くもないが、同条の趣旨は、物上保証人や第三取得者などが、債権者に弁済するには、総債務額から求償を受けられなくなった額を控除した残額を支払えば、債権者との関係で債務が完済したものとみなされること、又は、その担保から求償を受け得た限度で、責任の全部又は一部が消滅することにある。これが、担保喪失、減少時の担保義務者に免責請求権を付与し、その免責請求をまつて効果が発生するというものではなく、担保の消滅、減少と同時に右の責任消滅などの効果が生ずる趣旨であつて、このことは、民法五〇四条が「責ヲ免レル」と規定し、免除を請求できるとしないことから明らかである。

そして、債権者は担保喪失、減少当時の担保権者に対して、担保喪失による免責の効果を受けるものであるのに、たまたまこれが第三取得者に譲渡されたからといって、債権者にこの免責を否定すべき合理的理由がない。

そもそも、民法五〇四条の趣旨は次のとおりである。即ち、一般に、正当な利益があつて、他人の債務を弁済する者が、他人に対して求償権を実現するため、債権者もつていた担保権を取得して、これを行うことができる（民法五〇〇～五〇二条）。民法五〇四条は、この弁済により法定代位権者が持つ求償権の取得を条件とする潜在的担保権を保護するため、債権者が担保保存義務を負うことを前提とした規定である。もとより、担保物件の第三取得者は、債権者との間に、直接の契約関係がないけれども、その譲渡人がその債権者との間の契約に基づき、担保保存義務違反により受ける免責という地位、即ち、前示の残額の支払いによる完済ないし責任の消滅という地位を承継するといふべきである。この場合、免責の利益が債権でないことを理由に承継を否定することはできない。

- (4) したがつて、Xは、Yの右担保喪失による免責を主張できる「代位スヘキ者」に当たるといふべきである。」
- 〔二〕 担保保存義務免除特約の効力

(1) 前認定の二二(二)のKとY間の根抵当権設定契約には同契約書一二条一項に「根抵当権設定者は、貴金庫がその都合によつて他の担保もしくは保証を変更、解除しても免責を主張しません。」との定めがある。

(2) そして、根抵当権付本件土地建物の第三取得者であるXが、このKのした担保保存義務免除特約の効力を受けるかにつき、議論の余地がないわけではないが、Xがこの根抵当権付本件土地建物を取得することにより、根抵当権に基づく担保義務を承継するに伴い、その根抵当権設定契約上の担保保存義務免除特約の効力も承継を受けるものというべきである。」

〔三〕そこで、次に、担保保存義務免除特約が権利濫用になるか否かについて検討する。前認定二2認定の各事実、とくに、同(七)の昭和六〇年一月二〇日、Aから同(四)の追加融資残金一億七八〇〇万円の支払を受けて、Yが同(四)の追加共同担保であるテナントビルMの根抵当権設定登記を抹消した行為は、Yにおいて、これが追加共同担保であることを看過して、追加融資分のみ担保であるかのように取り扱っており、これに代わる担保を要求していないことや、もともと、前認定二2(一)のとおり、本件根抵当権設定がAの債務に対する物上保証として、Aがテナントビルを買い、内装工事をする資金の融資を受けるために義姉であるKが親族の情から無償でしたものであることなどに照らすと、Aの提供した同人のテナントビルの根抵当権に対する求償権の確保は重要であり、これを抹消して、担保を喪失したYには、当時の状況のもとにおいて取引上の通念に照らし、故意または重大な過失があるものというべきである。

したがって、このような特段の事情がある場合において、Yがこの右免除特約を主張することは信義則に反し、権利濫用に当たるとして、右特約の効力の主張が許されないから(最判平成二・四・一二金法一二二五号四四頁参照)、Yの担保保存義務免除の主張は採用できない。」(傍線筆者)

(a) 京都地裁平成三年判決の法的構成——重過失要件の維持

(イ) 担保喪失後の第三取得者と免責の成否 「[100]判決は、免責効果は、免責請求によって発生するのではなく、担保の放棄・減少によって当然に生じるとし、たまたまこれが第三取得者に譲渡されたからといって、一旦発生し

た免責効果を否定すべき合理的理由はないとする。そして、担保物件の第三取得者は、債権者との間に、直接の契約関係がないが、その譲渡人がその債権者との間の契約に基づき、担保保存義務違反により受ける免責という地位が「承継」されるとする。なお、「100」判決と相前後して、承継論をとる判例が登場している（「98」最判平三・九・三民集四五・七・一一二（後述5））。

(ロ) 免除特約の効力の承継 「100」判決は、第三取得者が免除特約の効力を受けるかについて議論の余地があることを認めるが、第三取得者が根抵当権付物件を取得することにより、根抵当権に基づく担保義務を承継するに伴い、その根抵当権設定契約上の担保保存義務免除特約の効力（「免責効果の不発生」も「承継」を受けるとする。しかし、「100」判決は、なぜ免除特約の効力が承継されるのか、その理由については言及してない）。

(イ) 免除特約の主張と信義則違反・権利濫用 「100」判決は、免責効果の承継を肯定する構成をとったが、本件の事実関係において免除特約を主張することは信義則に反し権利濫用に当たるとした。「100」判決が考慮した要素はなにか。Yが追加共同担保の根抵当権設定登記を抹消した行為は、これが追加共同担保であることを看過し追加融資分のみの担保であると取り扱ったこと、代替の担保を要求しなかったこと、本件の物上保証は親族の情から無償でしたことなどを重視している。その上で、根抵当権に対する求償権の確保は重要であるとし、これを抹消して、担保を喪失したYには、当時の状況のもとにおいて取引上の通念に照らし、故意または重大な過失があるとし、Yがこの右免除特約を主張することは信義則に反し権利濫用に当たるとし、右特約の効力の主張は許されないとした。「100」判決は、重過失要件の枠組みをとった「97」最判平成二・四・一二金法一二二五・四四（先述3）を参照しており、その枠組みを踏襲している。

(b) 京都地裁平成三年判決の検討 — 学説・金融実務の分析を手掛かりに

(イ) 担保の解除と金融の常識 「100」判決に対しては、金融実務の専門家から、金融取引の常識に反するとする

強い反応が見られる。つまり、根抵当取引の継続中に追加融資分が完済になれば、そのために差入れられた追加担保を債務者の要請により解除することは、むしろ金融常識というべく、倒産等特段の事情が予測されない限り解除を拒否することは困難であるとの主張がある⁽¹⁾。

しかし本件においては、その後Aは、不渡手形を出したうえ昭和六一年四月三日に銀行取引停止処分を受け、行方不明となっており（後述(ii)控訴審判決（担保保存義務免除特約と信義則7））、純粹の平常時の事案とはいえないのではないか。

(ロ) 信義則違反の判断——解除ケース、故意・重過失の認定 「100」判決が解除事案であることから、差替事案である最高裁「97」判決との違いを指摘する主張も見られる。すなわち、解除は、第五〇四条にいう故意にあたることは明らかであり、かつ、通常、法定代位権者の求償権に影響を及ぼすとするものであるとの主張である⁽²⁾。また、Yが金融機関である融資・担保取引の専門家の立場にあり、担保放棄についての過失の認定は避けがたいとの主張がある⁽³⁾。「100」判決は、最高裁平成二年判決（「97」判決）の枠組みに基づいて判断しており、担保放棄は故意にあたるとされれば、信義則違反とされることは避けられない。

これに対して、返済した見返りに追加担保を放棄していること、転売資金の全部が返済に充てられたかどうか、転売価格が適正であったかどうかを問題にする見解がある⁽⁴⁾。この指摘には、最高裁平成二年判決の枠組みを超えて、控訴審・最高裁でとられた枠組みへ踏み出す内容が含まれている。

(ハ) 特約の第三者効 担保保存義務免除特約の効力について、本特約の効力は相対的なものであるが、あらかじめ法定代位権者に第五〇四条の利益を放棄させるという本特約の効力によって、免責効果は生じず、この免責効果の不発生は確定的・絶対的であり、根抵当権の負担付の物件の第三取得者には免責効果が生じないとする主張がある⁽⁵⁾。免除特約の効力が承継される理由について「100」判決は触れておらず、絶対効構成はその下支えの意味があ

る。

なお、「100」判決は、最高裁平成二年判決と第三取得者との関係が問題となった最高裁平成三年判決（「98」判決・最判平三年九月三日民集四五巻七号一二二頁）とを組み合わせたとの指摘がある。⁽⁵⁾「100」判決は、最高裁平成二年判決の枠組みを抜け出しておらず、その意味で過渡的な判決であるといえる。

- (1) 石井眞司「債権者の担保保存義務、同免除特約の最近判例の考え方と実際の見地からの検討」判タ七九五号五一頁（平四）、同「債権者の担保保存義務、同免除特約に関する最近の判例の動き」金法一三三九号五頁（平四）、石井眞司・伊藤進・上野隆司「担保保存義務・同免除特約の法律関係と実務の対応」『鼎談・石井氏発言』手形四七三号四三頁（平四）。
- (2) 小林亘「判研」金法一三五三三二頁（平五）。
- (3) 松本崇「判研」金法一三三七号四頁（平四）。
- (4) 佐久間弘道「判研」手形四七一八頁（平四）。貸付金残高・信用状況、他の担保の評価、物上保証等の当初の経緯などからの総合判断を挙げるもの（渡辺博己「判研」金法二三四八号二二頁（平五））。
- (5) 佐久間・前掲「判研」注（4）一〇頁。
- (6) 松本崇「判研」手形四七一八頁（平四）、西尾信一「判研」判タ七八九号五六頁（平四）。

(ii) 大阪高裁平成六年判決（二審）——一審の推論との相違点の分析

右「100」判決は、実務から厳しい批判を受け控訴される。それが、大阪高裁平成六年判決である（「102」大阪高判平六・五・二〇民集四九・六・一七七五、金法一三三九一・五一、金商九五三・一六）。

控訴審における当事者間の主張・攻防から、本件の争点に関わる次のような事実が浮かび上がる。

Xは、Kが死亡し、共同相続人間で、他の相続人に代償金を支払って、Xが本件不動産を単独で取得する旨の遺産分割協議が調ったと主張する。ただし、登記簿上は、I他四名が本件不動産を共同相続することとなった後、Xがその五名の共同相続人からこれを買受けて単独所有者となったと主張する。これに対して、Yは、本件不動産

は、登記簿どおり、遺産分割協議によりI他四名が共同相続することとなった後、被控訴人Xがその五名の共同相続人から持分権を買って単独所有者となったと、主張する。

Xは、Yの本件追加担保の放棄は故意に担保を放棄した場合に当たるとし、担保保存義務違反により、本件根抵当権は免責によって消滅したと主張する。これに対して、Yは次のように反論する。Yは理由もなしに漫然と本件追加担保を放棄したのではなく、その被担保債権である追加融資による二億五〇〇〇万円が全額弁済されており、その分だけ債務は減少しているとし、Xの代位による利益が失われたことにならない。債務者Aの要求に抗しきれずにしたことであるので、Yに故意または過失があるとはいえない。本件放棄当時、Xは本件不動産の所有者ではなく、その後に、追加担保がすでに放棄されていることを知った上でこれを買受けた第三取得者であるから、債権者に代位して本件追加担保によって求償権を確保しうる地位にはなかった。Xは、本件根抵当権が付着したままの本件不動産を、時価から被担保債権額を控除した額の代金で買い受けた者であるから、この根抵当権が実行されたからといって債務者に求償する権利はないとし、その求償権がない以上、これを保護するための代位権も認められないから、本件については第五〇四条の適用の余地はなく、本件根抵当権が免責によって消滅することもないとした。

これに対して、Yは、本件放棄をすれば本件不動産を担保提供している所有者が追加担保から求償を受けられなくなり、その利益が侵害されることになることを承知の上であえてこれを放棄した者であるから、Yが本件特約の効力を主張することは、信義則に反し権利濫用に該当するものとして許されない、とXは主張した。

〔102〕判決は、次のように判示し、原判決（先述(i)〔100〕判決）を取り消した。

「被控訴人Xは、本件放棄はそれ自体で民法五〇四条所定の故意による担保の喪失に当たると主張するところ、同条が法定代位者の有する求償の利益保護を目的とする規定であることからすると、同条にいわゆる故意ありとい

うことができるためには、担保の喪失減少自体についての認識だけでは十分ではなく、法定代位者の有する求償の利益が害されるべきことについての認識をも必要とすると解する余地もあり、Xの右の主張をそのまま採用することができかどうかについては若干疑問がないわけではないが、右免責の主張に対しては、控訴人Yは担保保存義務免除特約を抗弁として主張しているので、右の点の判断はしばらく措くこととして、まず、この特約の抗弁から判断することとする。」

《担保保存義務免除特約について》

「本件契約書がKの意思に基づいて作成されたものであることは前記認定のとおりであるところ、右証拠によれば、同契約書第一二条1項には「根抵当権設定者は、貴金庫がその都合によって他の担保もしくは保証を変更、解除しても免責を主張しません。」との文言が記載されていることが認められるので、YとKとの間で本件担保契約が締結された際、同時にYの担保保存義務を免除する旨の本件特約も結ばれたものと認めるのが相当である。

ところで、本件不動産については、登記簿上、Kの死亡を原因としてIほか四名（Xは含まれない）が共同相続し、次いで昭和六一年七月一日、Xが右共同相続人からこれを買受けてその所有権を取得した旨の記載があるので、事実関係がこのとおりであるとすれば、XはKの共同相続人から本件不動産を取得した第三者であり、YとKとの間の合意である本件特約の効力はXに及ばないといわざるをえないかのごとくである（ただし、Xの主張するように、Xを含む七名の相続人が本件不動産を共同相続したのち、遺産分割協議によりXが他の共同相続人に代償金を支払って本件不動産の所有権を単独で取得したものであるならば、本件契約の効力は当然Kの相続人であるXにも及ぶことになり、右のような問題は生じないことになる。）。

しかし、担保不動産についての物上保証人や第三取得者のように債権者に対しなんらの債務も負っていない者について生ずる民法五〇四条所定の免責とは、債権者の担保権によって把握されている担保不動産の交換価値の限度

において負担している当該担保不動産の責任の全部又は一部が消滅することにはかならないと解すべきところ、昭和六〇年一月一日の本件放棄の時点において本件不動産を所有していたのは右特約の当事者であるKの相続人であつて、当然に右特約の効力を受ける立場にあつた者であるから、この特約が有効である限り、本件放棄によつて右責任消滅の効果が発生することはない、また、その後に本件不動産を取得したXとしても、そのような責任を負担したままの本件不動産を取得することになるので、結局、本件特約の効力が第三者であるXにも及んだのと同様の結果となるものといわなければならない。」

《担保保存義務免除特約と信義則について》

「民法五〇四条により法定代位者の享受すべき利益を予め放棄する旨を定めたいわゆる担保保存義務免除特約は一般的には有効であり、ただこの特約の効力を主張することが信義則に反し権利の濫用にわたる場合には、これを主張することが許されなくなるにすぎないと解すべきところ、証拠（原審における証人B、同Cの各証言）によれば、本件放棄にいたる前後の事情として、次のような事実が認められる。

1 昭和五六年一月頃Aに対する四億円の融資が決定されたことは前記のとおりであるところ、この融資は一度に実行されず、同年一月三日にまず一億五〇〇〇万円を貸し付け、次いで同五七年四月一四日に追加融資の形で残額の二億五〇〇〇万円を貸し付けるという方法で実行された。

2 Aに対する融資がこのように二回に分けて実行されたのは、昭和五六年一月当時物件Mの建築が未だ完成しておらず、直ちに担保権を設定することができない状態であつたために、取り敢えず本件不動産の担保価値を考慮して、これに見合う一億五〇〇〇万円のみを第一次融資として貸し付け、翌五七年三月に物件Mが完成し、本件追加担保の設定が可能になるのを待って、ほぼその担保価値に見合う残りの二億五〇〇〇万円を追加融資として貸し付けることにしたためである。

3 昭和六〇年一二月、YはAから、同月九日に本件追加融資分の残債務を全額弁済するので担保の一部を解除して欲しいとの要請を受けたところ、Aがかねてより本件不動産の担保解除を希望していたので、追加融資の際に追加された本件追加担保ではなくて本件根抵当権の方を解除することにして内部的手続きを執り、所要の書類等の準備を整えた上、Bが右期日に約束の場所に赴いた。

4 ところが、その場に臨んで突然Aの方から、本件不動産ではなく物件Mの方の担保解除を強く求められたので、Bは、右解除の要望に応じるためにはKの相続人から了解を得る必要があることと、Yの内部的な手続を取り直す必要があることを理由に、その場において直ちにその要望に応じることはできない旨を回答した。

5 しかし、A側からさらに物件Mの買主に追加融資分の残債務を弁済してもらうことになっており、また、Kの相続人にも異議を言わせないので是非物件Mの担保（本件追加担保）を解除してほしいと言いつたので、Bの方でも、本件追加担保が追加融資の際にそれに見合うものとして提供されたものであることを考慮し、また、Aによる物件Mの売却に協力する趣旨からも、この要請に応じるほかにないと考えるようになった。

6 その結果、翌一二月一〇日、Aは物件Mの売却代金によって追加融資分の残債務一億七八〇〇万円全額を弁済した。そこで、Bは、後日Kの相続人から本件放棄について異議の申立てをさせない旨の念書をAから差し入れさせた上、本件放棄の手続きをとり、物件Mの根抵当権設定登記の抹消登記手続を完了した。

7 その後Aは、不渡手形を出したうえ昭和六一年四月三日に銀行取引停止処分を受け、行方不明となってしまうので、同年六月五日YはAの保証人として第一次融資分残債務九六九万円余をN社に弁済し、Xを含むK（Aの連帯保証人）の相続人に対しその求償権を取得することとなった。

8 一方、Xは、昭和六一年四月一五日からYに対し、一〇〇〇万円の解決金を支払うので本件根抵当権を抹消して欲しいと申し入れるようになり、同年六月ころにもKの相続人が責任を負うべき一億円はいずれ払うから、

本件不動産の競売は待ってもらいたい旨の要請をしたことはあったが、本訴に至るまで、Yによる本件追加担保の放棄によって自己の求償権が侵害されたとか、本件根抵当権が消滅したなどを主張したようなことはなかった。

以上の認定事実によれば、本件放棄は、追加融資の際にそれにはば見合う担保価値を有するものとして提供された追加担保を、当該追加融資分の債務の完済と同時に放棄したものであり、また、債務者側の強い要望に対し追加担保物件の売却処分協力する立場からこれに応じたものであって、Xの側でも、それによって自己の求償権が侵害されたり、本件根抵当権が消滅したなどと争ってもいなかったのであるから、Yが本件特約の効力を主張することが信義則に反し権利の濫用にあたるものとはいえないと認めることができないうべきである。」(傍線筆者)

(a) **大阪高裁平成六年判決の検討——法的構成・判定要素の変化(京都地裁平成三年判決との対比)**

(イ) 当事者の主張 Xは、Kが死亡し、共同相続人間で、Xが本件不動産を単独で取得する旨の遺産分割協議が調ったと主張する。これに対して、Yは、本件不動産は、遺産分割協議によりI他四名が共同相続することとなつた後、Xがその五名の共同相続人から持分権を買い受けて単独所有者となつたと主張する。単独取得の遺産分割協議があつたか、それとも共同相続された後にXに特定承継されたのか。どちらの事案と認定されるかによって、第三取得者への免除特約の効果に違いが生ずる可能性がある。しかし、そのいずれであるかを確定せず結論を導いている。

Xは、Yの本件追加担保の放棄は故意に担保を放棄した場合に当たると主張したのに対して、Yは客観的な視点から反論を行う。Yによる本件追加担保の放棄に際して、その被担保債権は全額弁済されており、その分だけ債務は減少しており、Xの代位の利益は失われておらず、担保の放棄は債務者Aの要求に応ずる形でなされており、Yに故意または過失はないと主張している。本件放棄当時、Xは本件不動産の所有者ではなく、その後に、追加担保がすでに放棄されていることを知った上でこれを買受けた第三取得者であるから、Xは、時価から被担保債権額

を控除した額の代金で買い受けており、根抵当権が実行されても債務者に対する求償権がなく代位権もないから、第五〇四条の適用はないとする。

(ロ) 第五〇四条所定の故意 Xは、本件放棄は第五〇四条がいう故意による担保の喪失に当たると主張したが、Yは担保保存義務免除特約を抗弁として主張しているとして、右の点の判断はしばらく措くとして、この特約の抗弁の判断に入り、故意に該当するかについての判断を回避している。

(ハ) 免除特約の効力と第三者 物上保証人や第三取得者について生ずる第五〇四条所定の免責とは、当該担保不動産の「責任」の全部または一部の消滅であるとする。本件放棄の時点において本件不動産を所有していたのは、免除特約の当事者であるKの相続人であり、当然に免除特約の効力を受けるとし、本件放棄によって右責任消滅の効果が発生することはなく、その後には本件不動産を取得したXも、責任を負担したままの本件不動産を取得することになるとする。本判決は、免除特約の効力によって、責任消滅の効果の不発生が「確定」するため、その後には物件の承継があっても、負担も承継されると考えている。この解釈をとれば、免除特約の効力が第三者に及んだのと同様の結果となる。

(ニ) 免除特約の主張と信義則違反の判定 担保保存義務免除特約は一般的には有効であるが、信義則違反・権利濫用となる場合には、免除特約の主張は許されなくなるとする。その上で、本件事実関係から、本件不動産の担保価値を考慮して、これに見合う額を第一次融資として貸し付け、物件Mが完成し本件追加担保の設定が可能になるのを待って、その担保価値に見合う額の追加融資をしたと認定している。その上で、本判決は、以上の認定事実によれば、本件放棄は、追加融資の際にそれには見合う担保価値を有するものとして提供された追加担保を、当該追加融資分の債務の完済と同時に放棄したものであり、また、債務者側の強い要望に対し追加担保物件の売却処分協力する立場からこれに応じたとし、Yが本件特約の効力を主張することが信義則に反し権利の濫用にあたら

ないとした。貸付額と担保価値のバランス、一部弁済にともなう担保の放棄という要素が重視されている。これらの要素は、一審では考慮されていない。

(ホ) 大阪高裁平成六年判決の特色——事実認定と法的構成 大阪高裁平成六年判決〔102〕判決は、原審・京都地裁平成三年判決〔100〕判決と比較すると、かなり詳細な事実認定を行っている。注目すべき点は、〔102〕判決においては、〔100〕判決では考慮されなかった要素を抽出し、それらの要素を総合的に判定していることである。追加担保の設定時に担保価値に見合う追加融資がなされたこと、追加担保の目的物件の売却代金によって追加融資分の弁済がなされたこと、放棄は物件売却に協力する趣旨でなされたことなどである。そこから、免除特約の効力を主張することが信義則に反せず権利の濫用にも当たらないとして、〔100〕判決とは異なる結論を導くに至る。担保の解除（＝放棄）が「故意」に該当するかについての判断は回避している。

〔102〕判決は、免除特約の効力の確定効を貫く構成をとる。この構成をとれば、免除特約の効力が第三者に及んだのと同様の結果を導くことができる。しかし、①第三取得者が担保の喪失・減少を知りつつ取引に入ったかどうか、②第三取得者は時価から被担保債権額を控除した安い価格で担保付不動産を買い受けたかどうか、③債務者に対する求償権があったかどうかは考慮されない。しかし、第三取得者の立場は①②③の要素によって異なる。第三取得者が担保の放棄を知っていた場合は、それを前提に取引関係に入っており、通常は担保権が実行されても債務者に対する求償権がないため、代位も生じない。これに対して、放棄の事実を知らなかった場合は、代位を期待している可能性がある。問題は求償権の有無である（―〔98〕最高裁平成三年判決（後述⑤））。

(b) 学説・金融実務の見解の分析

(イ) 取引上の合理性の考慮——大阪高裁平成六年判決の意義 大阪高裁平成六年判決〔102〕判決の特徴は、担保保存義務免除特約のある場合に、代位権者の免責の可否を判断するにあたって、担保の放棄や差替が取引通念上

合理的であつたかどうかをも考慮する可能性を明らかにした点にあるとの指摘がある。担保の差替の場合とは異なり、担保の「放棄」は一般的には担保保存義務違反となりうるため、その合理性が検討の対象となつた。信義則の規律のなかで、当事者の主観的要素と並んで行為の客観的評価を考慮しうることを示した点で、新たな視覚を提供したとの見方である。担保の差替の場合には代替の担保が残るが、担保の解除・放棄の場合には、それまで存在した担保が消滅するため、故意または重過失が認定され担保保存義務違反となる可能性が高い。したがって、担保放棄の事案は、主観的要素だけでは対応できず、新たな視点からの対応が必要となつた。そこで導入されたのが客観的評価（取引上の合理性）である。

(ロ) 免除特約による対応の限界——第三取得者の出現時による結論の違い、求償権の有無の考慮

「102」判決は、債権者が担保を喪失または減少させたときに、債権者と物上保証人との間の担保保存義務免除特約の効力によつて免責効果が生じなかつた場合、担保物件の第三取得者への譲渡によつて免責の効果が生ずることはないとする（担保の喪失・減少時点を基準に免責効果の不発生を確定させる）。そのため、第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになり、債権者に対して、第五〇四条による免責を主張できないとする。「102」判決の法理によれば、結果的に特約の効力が第三取得者に及んだのと同じことになり、免除特約を事前に設定できない第三取得者が突然出現しても、債権者としては免責を主張されずにすむことになる。民法の基本的原理によれば、特約は本来当事者間でのみ効力を有し、第三者には効力は及ばない。もつとも、「102」判決は、右のような巧みな理由付けによつて、特約の効力が第三取得者に及んだのと同じ結果を導き出したといえる。

本件では物上保証人との間で免除特約が交わされており、第五〇四条の適用はないから、物権的責任減縮効果は生じなかつたことになり、その次の第三取得者も責任減縮の効果を主張できないことになる。⁽²⁾しかしこの点につい

て、次のような指摘がある。

〔102〕判決によれば、本事案と異なり、第三取得者が物上保証人から担保物件を取得した「後」に、債権者が担保を喪失または減少させた場合、担保の喪失または減少が生じた時点における第三取得者と債権者との間には担保保存義務の免除特約がないため、特約の効力はなく、第三取得者は免責の効果を主張できることになる。同じ第三取得者でも、物件取得の時期によって、担保保存義務免除特約の効力を主張できる場合とそうでない場合との差が生ずるとの指摘がある。³ 第三取得者の出現時が担保の喪失・減少時の前か後かは、多分に偶然に左右されるものであり、それによって結論が逆になってもよいのかという疑問が生ずる。結論の差を説得力ある形で説明できればよいが、〔102〕判決からはその点が読み取れない。

〔102〕判決によれば、第三取得者の承継する責任は、前主のもとで確定していることから、前主が免除特約の効力を受ける限りは、第三取得者は、債権者と自分との間に生じた事情を理由として、同特約の効力の主張が信義則違反あるいは権利濫用に当たることを主張できないのか、という疑問が生ずるとの指摘がある。⁴

取引の現場においては、担保付きの物件が売買される場合、当事者間の内部関係は無視できない。たとえば、抵当権付きの物件が売買される場合、通常、その物件の買主（第三取得者）が売主の債務の履行を引き受け、買主が債務を履行したときは、売主と買主との間に求償関係が生じない旨の合意があると考えられる。というのは、買主は、債務を引き受ける場合は、その負担額を控除して安価で購入するからである。〔102〕判決の当事者はこの点を主張しているが（先述(a)(i)）、応答がない。担保保存義務制度は、本来、保証人等の求償権の確保を念頭においた制度である。そうだとすると、売主と買主との間に求償関係が生じない場合には、たとえ抵当権が放棄されたとしても、代位の前提となる求償権がないため、そもそも担保保存義務違反とはならず、担保保存義務免除特約は必要でない。⁵ ところが、〔102〕判決は、免除特約の効果論として、免責効果の不発生を一時点を基準に確定的に判定する。そのた

め、求償権のある場合とない場合の利益状態の違いを読み込んで判定することはできない。

特約は本来当事者間でのみ効力を有し、第三者には効力は及ばないが、「102」判決は、先のような巧みな理由付けによって、特約の効力が第三取得者に及んだのと同じ結果を導き出すことに成功した。しかしそれでも、以上の学説等の議論から窺えることは、免除特約論だけでは超えることのできない壁・限界があるということである。それでは、どのように対応すべきなのだろうか。

(ハ) 対応策——学説の議論の分析から

第三取得者等に対する関係では、免除特約には限界があり、信義則を媒介として、第五〇四条の解釈において、担保の放棄や差替が取引通念上合理的であったかどうか等の事情を考慮できないかが今後の課題となる。信義則に照らし、事案の具体的諸事情を総合的に判断する方式によれば（西村説）、現在免除特約の行使をめぐって論じられているのとは同じ諸要素の考慮が、第五〇四条の解釈の中でも可能であるという指摘がある。⁽⁶⁾ 先述のように、昭和三〇年代以降の判例・学説を辿ると、担保保存義務免除特約のある場合における免責の判定要素と免除特約のない場合における判定要素とを比較してみると、免責の判定要素は、かなり重なりあう部分があり、しかも複数の要素の総合判断がなされており、推論方法にも「接近化傾向」が見られる（先述四(2)③）。本来、第五〇四条の中で議論されるべき問題が、これまで免除特約の解釈論として展開されてきたといえる。したがって、判例・学説において蓄積されてきた免除特約をめぐる議論の多くは、第五〇四条の解釈に取り込むことが可能であると思われる。

たとえば、融資が二段階に分けてなされ、第一の融資の担保として物上保証が設定され、第二の融資の担保として主たる債務者の所有物件に抵当権が設定された事案を、求償権の有無、取引上の合理性から捉えることができる。これを求償権の点から見ると、追加融資の返済が主たる債務者の物件を換価してなされているため、物上保証人による求償の必要性はなく、担保保存義務違反とはならないとの指摘がある。⁽⁷⁾ 追加担保の解除がなされても、主たる

債務者が提供した追加担保を適正価格で売却し、その売却代金を他の目的に流用せず適正に追加融資の返済に充てたならば、担保解除に伴う一部弁済は取引上合理性があると判定する方向に作用するであろう。

考慮すべき要素としては、右の要素以外にも、免責対象者の属性（保証人かそれ以外の者か）、債務残額と残担保とのバランス、一部弁済の充当の順序、第一担保と追加担保との一体性の程度、主たる債務者の信用不安の有無等がある。このような要素を慎重に総合的に判断すれば、免除特約がなくても、第五〇四条の枠内で対応できると思われる。

なお、第五〇四条における免責対象者には第三取得者や後順位担保権者までもが含まれるが、それは立法段階にまで遡る制度設計の問題である。⁽⁸⁾ 保証人とはその属性・地位が異なる者が免責対象者とされた。この制度設計を前提とするならば、免責対象者を類型化し、第三取得者については、債権者の害意を要件とすれば、第三取得者の免責発生はかなり絞り込まれる。また、「102」判決のような第三取得者の出現の時点による免責結果の差異は生じにくくなるはずである。⁽⁹⁾

- (1) 高橋眞「判研」金法一四〇三六、一一一二頁（平六）。
- (2) 高木多喜男・上野隆司・石井眞司・野村重信「担保保存義務をめぐる法的諸問題」〔鼎談・高木教授発言〕金法一四〇三三・二二一三頁（平六）。
- (3) 「102」判決速報（コメント）金法一三九一五三頁（平六）、高橋・前掲判研注（一）九頁、吉田光碩「判研」判タ八五六号七三頁（平六）、石井眞司・伊藤進・上野隆司「担保保存義務免除特約の効力は担保不動産の第三取得者に及ぶか」〔鼎談・石井氏発言〕手形五〇〇号三三頁（平六）、秦光昭「金融法務の一年」金法一四〇六号一〇頁（平六）。
- (4) 角紀代恵「判研」金法一四二八号三九頁（平七）。
- (5) 山野目章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察——第三取得者、後順位者等に対する担保保存——」金法一四一六号一〇頁（平七）。

- (6) 高橋・前掲判研注(1)六頁、一二頁。
- (7) 山野目・前掲判研注(5)九頁。なお、担保を放棄しても担保に余剰のある場合は損害がないとする(佐久間弘道「判研」金法一四一三二四頁(平七))。
- (8) 拙稿「担保保存義務に関する一考察——民法第五〇四条の立法過程を中心に」岡法五六卷一三三以下(平一八)。
- (9) 山野目・前掲判研注(5)一〇頁(山野目説は「故意」要件を提言する)、高橋・前掲判研注(1)一二頁(免責対象者の保護されるべき期待の程度の違いを「故意・懈怠」「担保の喪失・減少」の解釈に反映させる案を提言する)。

(iii) 最高裁判平成七年判決——免除特約の判例法理形成

上告審判決である「103」最判平七・六・二三民集四九・六・一七三七は、次のように判示し、最高裁としての立場を明らかにするに至る。

「一 原審が適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。(1) Kは、Aの実姉であって、被上告人YのAに対する求償金債権を担保するために、その所有する原判決別紙物件目録記載の不動産(以下「本件不動産」という。)に根抵当権を設定したが、その設定契約には民法五〇四条に規定する債権者の担保保存義務を免除する旨の特約(以下「本件特約」という。)が付されていた。(2) Yは、その後、Aに追加融資をするのに伴い、右根抵当権の共同担保として、Aからその所有する不動産に根抵当権(以下「本件追加担保」という。)の設定を受けた。(3) Yは、Kの死亡後に、Aから追加融資分の残元利金全額の弁済を受けるのに伴い、本件追加担保を放棄した。(4) 上告人Xは、Kの子であって、右放棄の後、遺産分割又は他の相続人からの買受けにより本件不動産を取得したものであるが、本訴により、Yに対し、民法五〇四条による免責の効果を主張して根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた。

原審は、右事実関係の下において、本件特約の存在を理由に、民法五〇四条による免責の効果が生じていないものとして、Xの請求を認容した第一審判決を取消し、Xの請求を棄却した。

所論は、要するに、本件においてYが本件特約の効力を主張することは信義則違反又は権利の濫用に当たり、ま

た、物上保証人からの第三取得者であるXに本件特約の効力を及ぼすべきでないから、いずれにしても、原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令違背があるというのである。」

「二 債務の保証人、物上保証人等、弁済をするについて正当な利益を有する者（以下「保証人等」という。）が、債権者との間で、あらかじめ民法五〇四条に規定する債権者の担保保存義務を免除し、①同条による免責の利益を放棄する旨を定める特約は、原則として有効であるが（最高裁昭和四七年（オ）第五五号同四八年三月一日第一小法廷判決・裁判集民事一〇八号二七五頁参照）、②債権者がこの特約の効力を主張することが信義則に反し、又は権利の濫用に当たるものとして許されない場合のあり得ることはいうまでもない。しかしながら、③当該保証等の契約及び特約が締結された時の事情、その後の債権者と債務者との取引の経緯、債権者が担保を喪失し、又は減少させる行為をした時の状況等を総合して、債権者の右行為が、金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代位の期待を奪うものとはいえないときは、他に特段の事情がない限り、債権者が右特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たるものでもないというべきである。

これを本件についてみると、原審が適法に確定したところによれば、前記の事実に加えて、次の事実を指摘することができる。(1) YのAに対する融資は計四億円であったが、その実行は二回に分割され、まず本件不動産についての根抵当権設定時にその担保価値に見合うものとして一億五〇〇〇万円が、次いで本件追加担保設定時にほぼその担保価値に見合うものとして二億五〇〇〇万円が貸し付けられた。(2) 追加融資分の弁済は、本件追加担保の目的物件の売却代金によってされた。(3) 本件追加担保の放棄に際し、Yは、Aに対してKの相続人らの了解を得ることを求めたが、Aが、その時間的余裕がないので直ちに右放棄をするよう強く要請し、かつ、Kの相続人らには異議の申立てをさせない旨の念書を差し入れたので、Aの右物件売却に協力する趣旨でこれに応じた。

この事実関係からすると、Yが本件追加担保を放棄したことは、金融取引上の通念から見て合理性を有し、本件不動産を担保として提供したK及びその相続人らの本件追加担保への正当な代位の期待を奪うものとはいえないから、他に特段の事情のあることの主張立証のない本件においては、YがKの相続人らに対し本件特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たるものでもないというべきであり、したがって、右放棄によつては民法五〇四条による免責の効果は生じなかったというべきである。」

「三 債権者が担保を喪失し、又は減少させた後に、物上保証人として代位の正当な利益を有していた者から担保物件を譲り受けた者も、民法五〇四条による免責の効果を主張することができるのが原則である（最高裁昭和六一年（オ）第一一九四号平成三年九月三日第三小法廷判決・民集四五卷七号一一二頁参照）。しかし、債権者と物上保証人との間に本件特約のような担保保存義務免除の特約があるため、債権者が担保を喪失し、又は減少させた時に、右特約の効力により民法五〇四条による免責の効果が生じなかった場合は、担保物件の第三取得者への譲渡によつて改めて免責の効果が生ずることはないから、第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになる、債権者に対し、民法五〇四条による免責の効果を主張することはできないと解するのが相当である。」

本件においては、Yが本件追加担保を放棄した時には、前示のとおり、本件不動産の当時の所有者であるKの相続人らとの関係において民法五〇四条による免責の効果は生じなかったのであるから、Xは、右相続人らから本件不動産の譲渡を受けた第三取得者であるとしても、免責の効果が生じていない状態の根抵当権の負担のある本件不動産を取得したものであって、Yに対し、民法五〇四条による免責の効果を主張することはできない（番号①②③・傍線筆者）、とした。

(a) 最高裁平成七年判決の法的構成——合理性基準の導入・判定要素

(イ) 担保保存義務免除特約の枠組み形成——合理性基準の導入 最高裁平成七年判決〔103〕判決は、まず、①最高裁昭和四八年三月一日判決を参照し、担保保存義務免除特約は原則して有効であるとした上で、②債権者が免除特約の効力を主張することが信義則違反または権利濫用にあたる場合があるとする。しかしながら、③当該保証等の契約および特約が締結された時の事情、その後の債権者と債務者との取引の経緯、債権者が担保を喪失し、または減少させる行為をした時の状況等を総合して、債権者の右行為が、金融取引上の通念から見て合理性を有し、保証人等が有すべき代位の期待を奪うものとはいえないときは、他に特段の事情がない限り、債権者が免除特約の効力を主張することは、信義則に反せず、権利濫用にも当たらないとした。担保保存義務免除特約に関する従来の判例の立場を踏襲し(①)―(②)、その上で、諸事情の「総合判断」方式をとり、金融取引上の「合理性基準」から代位期待の侵害の有無を判定する枠組みを形成する(右③)。

(ロ) 判定要素——総合判断で重視された要素 「103」判決は、(1)YのAに対する融資は計四億円であったが、その実行は二回に分割され、まず本件不動産についての根抵当権設定時にその担保価値に見合うものとして一億五〇〇〇万円が、次いで本件追加担保設定時にはその担保価値に見合うものとして二億五〇〇〇万円が貸し付けられた。(2)追加融資分の弁済は、本件追加担保の目的物件の売却代金によってされた。(3)本件追加担保の放棄に際し、Yは、Aに対してKの相続人らの了解を得ることを求めたが、Aが、その時間的余裕がないので直ちに右放棄をするよう強く要請し、かつ、Kの相続人らには異議の申立てをさせない旨の念書を差し入れたので、Aの右物件売却に協力する趣旨でこれに応じた」とする。

すなわち、貸付金額は担保価値に「見合う」ものであること、それは最初の融資だけでなく追加融資についても妥当すること、一部弁済たる追加融資分の弁済には追加担保物件の売却代金が充当されたことが強調されている。そ

して担保の放棄は強い要請を受けて行ったものであり、それは物件売却に協力するためであったとされる。

(ハ) 免除特約の第三取得者に対する効力 「103」判決は、最高裁平成三年九月三日判決を参照し、担保放棄後に担保物件を譲り受けた者も、第五〇四条による免責の効果を主張することができるとする。しかし、担保保存義務免除の特約があるため、債権者が担保を放棄した時に、右特約の効力により第五〇四条による免責の効果が生じなかった場合は、担保物件の第三取得者への譲渡によって改めて免責の効果が生ずることはないから、第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになり、債権者に対し、第五〇四条による免責の効果を主張することはできないとする。「103」判決は最高裁平成三年九月三日判決（「98」判決）に基づいて推論している（→後述(5)）。

なお、「103」判決は、Yが本件追加担保を放棄した時には、本件不動産の当時の所有者であるKの相続人らとの関係において第五〇四条による免責の効果は生じなかったのであるから、Xは、右相続人らから本件不動産の譲渡を受けた第三取得者であるとしても、免責の効果が生じていない状態の根抵当権の負担のある本件不動産を取得したものであって、Yに対し、第五〇四条による免責の効果を主張することはできない、とする。「103」判決は、遺産分割協議によってXが単独取得したのか、それとも共同相続後に買受けた第三取得者であるのかを確定しないまま「第三取得者であるとしても」との前提で、結論を導いている。

(b) 学説・金融実務の分析

(イ) 最高裁平成七年判決の意義——合理性基準の明言

最高裁平成七年判決（「103」判決）は、「当該保証等の契約及び特約が締結された時の事情、その後の債権者と債務者との取引の経緯、債権者が担保を喪失し、又は減少させる行為をした時の状況等を総合して、債権者の右行為が、①金融取引上の通念から見て合理性を有し、②保証人等が特約の文言にかかわらず正当に有し、又は有し得べき代

位の期待を奪うものとはいえないときは、③他に特段の事情がない限り、債権者が右特約の効力を主張することは、信義則に反するものではなく、また、権利の濫用に当たるものでもないというべきである〔番号①②③・傍線筆者〕とする。〔103〕判決からは、いかなる場合に信義則違反や権利濫用となるのかは必ずしも明らかではない。しかし、信義則違反および権利濫用を否定する方向に作用する要素（右①②③）が示されている。したがって、〔103〕判決は実務上重要な意味を有する「事例判決」であるといえる。もっとも、〔103〕判決が示す要素（①②③）以外にも、判定結果を左右する重要な要素があるはずである。そうだとすれば、今後の事例の積み重ねが必要となる。複数の事情を読み込んで総合判断を行い、信義則違反かどうかを判定する手法をとる以上、規範的な評価が伴うため、絶対的な基準を示すことはできない。紛争となる事案の多くは、限界線上の微妙な判断を余儀なくされることは間違いない。

〔103〕判決は、金融取引上の通念から見た「合理性」という評価基準を明言した点に意義がある。合理性基準は、かつて有力に唱えられた学説を踏まえたものであるとの指摘がある。合理性という表現から鈴木（録）説のことであると推測できる。

鈴木博士は、担保保存義務の免除特約について、担保減少が銀行の保証人を害する意図での場合または過失に基づく場合はもちろん、債権回収という見地から少なくとも広い意味での「客観的合目的性」も存しない場合には、銀行の担保（保証を含む）の滅失ないし減少の行為は、免除特約があっても第五〇四条の効果を生じさせるとされる（金融実務の専門家はこの部分を鈴木説として引用することが多かった）。しかし他方で、鈴木博士は、免除特約の効力について、次のような発言をされている（金融実務の専門家との座談会）。保証条項の第二項の「免責を主張しません」の免責という意味の解釈について、「ある具体的な担保を減らしたから本当に求償ができなくなった分だけの免責」という問題と、その部分が減ったから減った金額だけ自動的に免責されるという二通りが可能です」とされ、そ

の上で、「担保が減ったからその金額が自動的に減るということについては、この第二項が働くとしても、その結果求償ができなくなったものについては、その分の免責の主張は依然可能だ、という解釈も成り立ちます」とされる。⁽⁴⁾最終的に求償不能となった部分については、免責の主張は依然可能という解釈もできるということは、その部分については、免除特約（保証条項第二項）は働かないことになる。鈴木博士は債権回収からみた合理性に言及しているが、保証条項が銀行の担保保存義務を手放しに免除したものと解すべきでないとし、大枠においては他の学説と同一線上にある（先述四(1)③(i)）。「合理性」概念は抽象的で、その外延は不確定要素が多く一義的ではない。

「103」判決は、債権者の故意・重過失に言及しておらず、最高裁判平成二年判決（「97」判決）（先述③）を変更していない。そうだとすると、金融取引上の合理性要件（右①の要素）を充たさなくても、合理性が欠けていることについて債権者に故意または重過失がなければ信義則違反・権利濫用とならないことになる。当事者の主観的要素と並んで行為の客観的評価を考慮できることを示したという指摘がある。⁽⁵⁾もともと、「103」判決以後は、金融取引上の合理性が判定の基軸になっていくものと予想される。特に、担保の放棄ケースでは合理性の有無が結論を左右するはずである。

最高裁判平成二年判決は、担保の「差替」事案について、金融実務側の立場に沿った判例法理を形成した（民集登載判例ではないが）。次に、最高裁判平成七年判決は、担保の「放棄」事案について、金融取引上の通念から見た合理性基準を承認した。これによって、金融実務の専門家が数十年間かけて主張し続けてきた実務側の主張（先述四(1)②(i)、五(3)①(ii)(a)、同③）の大枠が判例法理として結実したことになる。

(ロ) 残された課題 「103」判決は、債権者が担保を喪失・減少させた後に、物上保証人として代位の正当な利益を有していた者から担保物件を譲り受けた者も、第五〇四条による免責の効果を主張することができるが、債権者と物上保証人との間に担保保存義務免除の特約があるため、債権者が担保を喪失・減少させた時に、右特約の効力

により第五〇四条による免責の効果が生じなかった場合は、担保物件の第三取得者への譲渡によって改めて免責の効果が生ずることはないから、第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになる、債権者に対し、第五〇四条による免責の効果を主張することはできないとする。〔103〕判決は、特約による免責の否定を、物的責任の世界から捉えている。物的負担の承継という法的構成によれば、担保保存義務免除特約の第三者効を認めなくても、結果的にこれを認めたのと同様になる。⁶⁾

それでは、〔103〕判決の事実とは反対に、すでに第三取得者が物上保証人から物件を取得した「後」に担保の喪失・減少が生じた場合に、債権者と物上保証人の間の担保保存義務免除特約の効力はどうなるか。担保の喪失・減少の時点における代位権者である第三取得者と債権者との間には担保保存義務免除特約が存在しないから、〔103〕判決の見解によれば、この場合には、特約の効力が生ずる余地はなく、第五〇四条が適用されることになる。これが残された問題となっているとの指摘がある。⁷⁾この点について、第三取得者がその物件の取得当時に、担保の喪失・減少につき悪意・有過失の場合、第三取得者は担保の喪失・減少を前提に取引に入っていると、第五〇四条の保護は受けられないとする主張がある。⁸⁾(1)後述(5)で検討(〔98〕最判平三・九・三民集四五・七・一一二)。

(イ) 新たな対応策——第五〇四条への取込論 〔103〕判決は、大審院昭和二十二年判決(先述三(4))に始まる担保保存義務免除特約に関する判例法理の一つの到達点である。しかし、右のような難問を残すことになった(右四)。この問題にどのように対応するべきか。免除特約の有無にかかわらず、当該担保の処分が第五〇四条の制裁を受けるべき違法性を有するかどうかが問題であるとし、第五〇四条の解釈に担保処分の合理性を反映させるべきであると主張がある。そして、第三取得者の地位も検討されるべきであるとされる。これまでの免除特約の問題として議論されてきた蓄積を、第五〇四条の解釈に取り込んで解釈するという考え方である。⁹⁾もしそれが可能となれば、免除特約の第三者効は議論する必要がなくなる。

- (1) 近藤崇晴「最判解説」曹時四七巻一二号二六二頁(平七)、同「時の判例」ジュリ一〇七六号一四頁(平七)、「103」判決速報(コメント)判タ八八〇号一四一頁(平七)。
- (2) 高橋眞「判研」銀法五一三三五頁(平七)、同「判研」セレクト'95二二頁(平八)。
- (3) 最新判例紹介・法時六七巻一二号八五頁(平七)。石田教授は、担保保存義務免除特約の効力に関する当時の学説には、西村説・椿説・石田説・中井説があつたにもかかわらず、鈴木(緑)説のみが評価され、他の学説に対しては「簡潔かつ辛辣な一刀両断の観を呈する議論が見える」と批判し、「金融取引の実態に即した合理的な解釈への志向が顕著である」と分析する(石田喜久夫「判研」評論四四四号三六頁(平八))。
- (4) 石井眞司ほか(座談会・鈴木博士発言)「約定書の主な問題点と改正の方向」金法一一七六号九三頁(昭六三)。
- (5) 近藤・前掲解説注(1)二六二頁、高橋「判研」(原判決の評釈)金法一四〇三三二頁(平六)。
- (6) 近藤・前掲解説注(1)二六七―二六八頁、高橋「判研」注(2)九一〇頁、寺田正春「弁済者代位の機能と代位の要件・効果——第三取得者の弁済による求償と代位に関連させて」(椿寿夫編・担保法理の現状と課題・所収)別冊NBL三一号一四四頁(平七)。判例は免除特約の第三者効を認めることには消極的な姿勢を示していると考えられるが(高橋・同右一〇頁)、異説もある。「この特約というのは、単純な債権契約における特約ではなしに、私は担保権につけられた属性みたいな特約ではないかという気がする」「第三取得者が現れた後も免除特約の主張はできる」という発言がある(石井眞司・伊藤進・上野隆司「物上保証人提供担保物件の第三取得者に対する担保保存義務免除特約の効力」「鼎談・伊藤教授発言」銀法五一〇号二五―二六頁(平七))。もっとも、「他の法定代位権者がいれば、その者の同意書をとるというのが、いま実務の落ち着きどころか」との分析がある(石井氏発言)。「免除特約の契約としての効力が第三取得者にも承継されるかの問題については今後に残されている」とするものがある(秦光昭「金融法務の一年」金法一四三八号一一頁(平七))。
- (7) 近藤・前掲解説注(1)二六八頁、高橋「判研」注(2)一〇頁。「103」判決の射程について、第三者が担保物件を取得した後に担保の喪失・減少が行われた事案には及ばないとし(齋藤隆「判研」判タ九一三三二四頁(平八)、問題は未解決でありとするが、その対応策には言及しない(牧山市治「判研」金法一四四〇号一七頁(平八))。
- (8) 平井一雄「判研」法教一八三三三頁(平七)。
- (9) 高橋「判研」注(2)一一頁、中田裕泰「判研」法協一一三巻一一号・六四六頁(平八)、道垣内弘人「判研」平成七年度重判解説五九頁(平八)、松岡久和「判研」リマックス一三三三号四八頁(平八)、前田陽一「判研」金法二四六〇五〇頁(平八)、森嶋秀紀「判研」名法一七二二五二八頁(平九)。免除特約だけに頼る構成には限界があるとの指摘もある(小野秀誠「判研」金商九八二二四六頁(平八))。第三取得者の地位に言及するもの(大西武士「判研」判タ八九〇号一六頁(平七)、岩城謙二

「判研」法令ニュース三〇巻一〇号二二頁(平七)。

七四

② 最高裁判平成七年判決の再検討——判例法理の到達点と残された課題

(i) 判例法理の到達点——担保保存義務免除特約論

最高裁判平成七年判決(103)判決は、貸付金額は担保価値に「見合う」ものであること、同様のことは最初の融資だけでなく追加融資についても妥当すること、追加融資分の弁済(＝一部弁済)の原資が追加担保物件の売却代金であること、そして担保の放棄は強い要請を受けて行ったものであり、それは物件売却に協力するためであったことを重視している。判例・下級審裁判例は、先述のように(四)(2)①(i)(a)、すでに昭和三〇年頃から、債権者の行為の態様・法定地位権者の類型(保証人かその他の法定地位権者か)、担保の喪失・減少が弁済を条件とするか、優先順位に応じて充当されているか、弁済額が適正であるか、その他債権者として通常とるべき手段を講じたかどうかなど、複数の要素を抽出し、主観的要素だけでなく客観的要素も読み込んで総合的に判断する方向に向かっていた。

〔103〕判決は、貸付金額と担保価値が釣り合っていること(＝調和)を重視している。一部弁済の原資は追加担保物件の売却金であり、担保の放棄は一部弁済の原資を得る手段であること、したがって全体としてはバランスがとれており、本件の担保放棄は合理的目的のあるものであることを明言している。〔103〕判決は、これまでの判例・下級審裁判例の延長線上にあり、その到達点である。

〔103〕判決の法的構成は、かつての有力学説(柚木説・我妻説)の提言と重なる部分が多い。柚木博士は、弁済額の割合と放棄された担保物の価格の割合とが調和する場合には、担保の減少とはいえないと主張した(一部弁済を考慮しないと旧説(先述三(5)(iii))を「改説」(昭二六)。我妻説は柚木説をさらに展開し、一部弁済の額が債務全額に對して占める割合と解放された担保物の価格が担保物全体の価格に對して占める割合とが調和し、かつ債権者の予

想が経済界の一般常識に反しない場合には、債権者の故意・過失による担保の減少には当たらないとした（昭三九）（先述四(2)①(ii)(a)）。右の有力説は免除特約のない場合を念頭に置いた議論であるのに対して（第五〇四条自体の解釈枠組み）、「103」判決の法的構成は免除特約下での議論であるが、興味深い。先述のように、戦後、わが国の実務事情から、担保保存義務に関する議論の座標軸は免除特約論に転換していった。そのため、担保保存義務論は免除特約論に取り込まれ、担保保存義務論は免除特約論に「投影」されることになった（先述四(1)②）。その結果、免除特約論と第五〇四条自体の議論は接近化傾向がみられ、重なる部分が多い。したがって、免除特約に関する判例・学説の議論の蓄積は、第五〇四条自体の議論に応用できるはずである。また、第五〇四条自体の解釈枠組の蓄積は、免除特約の議論に応用できるはずである。

(ii) 免除特約による対応の限界とその根本的原因——第五〇四条の制度設計

(a) 免除特約による対応の限界

「103」判決は、債権者と物上保証人との間に担保保存義務免除の特約があるため、債権者が担保を喪失・減少させた時に、右特約の効力により第五〇四条による免責の効果が生じなかった場合は、担保物件の第三取得者への譲渡によって改めて免責の効果が生じないため、第三取得者は、免責の効果が生じていない状態の担保の負担がある物件を取得したことになり、債権者に対し、第五〇四条による免責の効果を主張することはできないとした。物的負担の承継という法的構成によって、担保保存義務免除特約の第三者効の問題に触れずに切り抜けた。ところが、「103」判決事案とは反対に、すでに第三取得者が物上保証人から物件を取得した「後」に担保の喪失・減少が生じた場合は、担保の喪失・減少の時点における代位権者である第三取得者と債権者との間には担保保存義務免除特約が存在しないため、「103」判決の見解によれば、免除特約の効力が生ずる余地はなく、第五〇四条が適用されることになる（先述①(iii)(b)(iv)）。金融実務は、この場合に第五〇四条が適用されることには問題があるとする。しかし、

第三取得者の出現時点による効果の違いを免除特約によって対応することには限界がある。免除特約の効力は第三取得者を拘束するものではないからである。

担保保存義務制度は、本来、(保証人の) 求償権の確保を念頭に置いた制度であり、求償権があることが前提となる。しかし実際の取引では、第三取得者と物上保証人との間に求償権がない場合が多く、代位の前提となる求償権がなければ、担保保存義務は問題とならず、免除特約も必要がない。第三取得者の内部関係は無視できない。ところが、^[103] 判決(原審^[102]判決)の立論によると、免除特約の効果論から、免責効果の不発生を担保放棄・差替等の一時点を基準に確定的に判定するため、求償権の有無等の内部事情は考慮されない(先述①(ii)(b)(iv))。

(b) 第五〇四条の制度設計が抱える問題

これらの難問が生ずる原因はどこにあるのか。担保保存義務制度(第五〇四条)の制度設計とその原理部分に潜んでいるのではない。ここでもう一度、第五〇四条の制度設計とその原理部分を、民法体系に注意しながら見直してみる必要がある。

民法の起草者は、担保保存義務制度の導入段階において、母法(仏・独法)に組み込まれた制度の核心部分に複数の「変更」を加えている。たとえば、①現行民法においては、免責者の範囲が法定代位権者まで拡張されている。しかし元々、法典調査会の原案では、保証人と連帯債務者・不可分債務者までであった。その後の審議の過程において、法定代位権者全般にまで拡大される。②これと関連して、ボアソナード民法草案・旧民法においては、保証・連帯債務・不可分債務のところで個別に規定されていたのを、現行民法においては、弁済者代位のところで一括して規定することになる(「体系」の変更)。この位置・構成によれば、担保保存義務制度は弁済者代位制度を裏から支える制度と位置付けられることになる。保証人中心の制度という原理部分の理解は極めて希薄となる(「√保証人」とその他の免責対象者(例：第三取得者)との「地位」の違いが希薄化)。③旧民法においては、免責を主張するには免責

請求する方式がとられていたが、現行民法においては、当然免責型に変更されている。当然免責方式によると、第五〇四条の要件に該当しさえすれば、免責主張をしなくても免責効果は即発生することになる。④ボアソナードの原案では、保証人などが契約締結時にすでに存在した担保だけを想定していた。これは、契約時に存在する担保への代位の「期待」を重視した制度設計である。ところが、その後の審議過程において、保存すべき対象となる担保の範囲が広げられ、契約締結後に設定された担保も対象とされるに至っている（背景にはボアソナードと日本人委員の対立がある）。⑤担保保存義務制度は、旧民法においては、代位への期待保護制度と位置付けられていたのに対して、現行民法の審議過程においては、代位を阻止したことに對する「制裁」制度と位置付けられることになる（原理的・位置付け部分の変更）。制度の「位置付け」が変更された結果、効果論にも変化が生ずる。すなわち、免責効果は絶対的・確定的なものと解されることになる。そのため、第三取得者が出現すると、免責効果の承継問題を抱えることになる（―免除特約の効果、第三取得者の出現時点の違いによる効果の相違等）。

担保保存義務制度は、沿革的には保証にルールがあり、比較法的に見ても保証人中心の制度である。審議の過程において制度の核心に関わる部分が変更されている。フランス法ベースの旧民法をドイツ民法草案を参照して修正したとされるが、母法とは異なり、免責対象者は保証人に限定されておらず、免責対象者の範囲が極めて広がっている。そのため、保証人とはその地位が性質的に異なる第三取得者等も免責対象者に入ってくるようになった。

しかも、ボアソナードの当初原案に組み込まれていた免責を「抑制」する装置（免責請求方式・保全すべき担保の範囲の絞り込み）が審議過程で取り払われており、免責が容易に発生する設計に変更されている。

現行民法の起草者は、契約関係の時間的経過に伴う担保の増減や当事者の入れ替わり・属性の変化などを考慮して制度設計をしたとは思えない。金融取引においては継続的取引が中心であるが、その視点が見られない。母法の制度には当然ある装置、つまり当事者の入れ替わり・属性の変化など（物上保証人から第三取得者への入替り等）に對

応するための装置が取り払われ変更されている。

担保保存義務制度は保証をルーツとする制度であり、母法である独・仏法を見ると、免責対象者は保証人限定型（または保証人プラスα型）である。問題は、なぜ免責対象者を絞り込んでいくかである。免責対象者の範囲を法定地位権者にまで広げると、免責効果の承継問題という難問を抱えることになる。継続的取引においては、時間の経過にともなって、物権の移転・当事者の入れ替わりが生じる。当事者の入れ替わりの一例が、担保物権の設定された物の所有権が移転しそれを取得する者（第三取得者）が登場する場合である。第三取得者が登場する場合、免責効果の承継の有無が問題となる。免責を制裁ととらえ、その効果を絶対的・確定的ととらえるならば、免責効果の承継問題は避けて通れない^①。

このようなわが国の担保保存義務制度が抱える制度設計上の問題に対して、判例・学説は免除特約によって対応しようとし、約半世紀にわたる苦闘が続いた。その到達点が、最高裁判平成七年判決である。しかし、問題を複雑化させたことは否定できない。

(iii) 解釈上の試み——第五〇四条への取込・免責対象者と主観的要件の類型化

それでは、どのように対応すべきであろうか。第五〇四条は、免責対象者を法定地位権者全般（Ⅱ）「第五百条の規定により代位をすることが出来る者」にまで拡げている。同条の文言を前提とすれば、免責対象者を保証人に限定することは法解釈の範囲を超える。しかし、担保保存義務制度は、本来保証人を中心とする制度であることから、その趣旨を重視した解釈を試みることは可能である。免責対象者を保証人を中心に段階的に類型化し、その類型に応じた解釈はとれると思われる。保証人と第三取得者・後順位担保権者の「地位」の違いを、第五〇四条の要件に反映させるべきである。

①保証人の場合は、担保の喪失・減少について債権者の故意までは必要なく、過失があれば第五〇四条の要件を

充たす。過失の判定は、これまでの下級審裁判例を含む判例・学説の分析から抽出された複数の要素の総合判断によれば対応できると思われる（「√過失の「対象」は単に担保の喪失・減少自体に対する過失とする構成（柚木ほか旧通説）と、担保の喪失・減少によって保証人が不利益を被ることの認識可能性を要するとする構成（西村説および最近の裁判例）とが考えられる（先述三(2)②(ii)）。担保保存義務の性質をいわゆる「間接義務」と位置づけると前者の構成をとることになるが、一般の注意義務ととらえるならば後者の構成となる。この点は後でもう一度検討する（「√義務の性質論と要件・効果論」）。なお、物上保証人は保証人に準ずると解すべきである。

②問題は、第三取得者・後順位担保権者である。保証人と第三取得者等の「地位」の違いを、第五〇四条の要件に反映させるべきである。第三取得者・後順位担保権者の場合は、担保の喪失・減少について債権者の害意または故意・重過失を要件とすべきである。当該担保の喪失・減少によって、第三取得者等の代位が害され求償ができなくなる（損害）について債権者の認識が必要であり、その場合にのみ、第五〇四条の要件を充たすと解すべきである。

第三取得者・後順位担保権者は、厳密に言えば、担保保存義務が本来想定すべき免責対象者ではない。それは第三者である債権者が代位の期待を違法に侵害したことに対する一種の不法行為「的」な責任ととらえるべきである（本来は第五〇四条とは別枠組）（一般の不法行為責任とは異なり損害賠償責任は生じず免責効果が生ずる）。

右②のように解すれば、免責効果の発生が絞り込まれ、免除特約のある場合とない場合における免責要件充足の差異はほとんどなくなるはずである。その結果、第三取得者の出現時点の違いによる結果の相違問題も解消されるはずである（先述(ii)a)）。

(iv) 新たな提言——第五〇四条の改正は必要か

担保保存義務制度の問題を抜本的に解決するには、解釈論による対応では限界があると思われる。というのは、

第五〇四条は免責対象者を法定代位権者全般にまで拡げており、同条の明文規定を前提とする限り、第三取得者等を免責対象者から排除する解釈はとれない。免責対象者の類型化を試みそれを要件等に反映させるのが精一杯である。

①立法者は代位による求償の問題と担保保存義務制度の問題の「質的な違い」を見落としたために、第三取得者や後順位担保権者に対しても債権者に担保保存義務を課してしまった。第五〇四条を本来あるべき制度設計に戻すべきだと考えるならば、免責対象者の類型化では不十分であり、免責対象者を保証人とする改正が必要となるであろう（第三取得者等の免責対象者からの排除）。②担保保存義務制度は、本来、保証人の求償権を確保する制度である。しかも、それは「信義則」上の制度であって、弁済者代位制度を裏から支える補完制度ではない。そうだとすれば、第五〇四条の条文の位置（弁済者代位制度（第一款第三目）自体が問題となる「体系上」の問題）。本来は、保証の所に規定を置くべきである。もし物上保証人を免責対象者に含めるならば、保証の規定を物上保証に準用する方式をとるべきである。③免責を制裁ではなく代位への期待保護ととらえ、当然免責主義ではなく免責請求方式をとるべきだと考える。④第三取得者や後順位担保権者については、債権者が代位の期待を違法に侵害したことに対する一種の不法行為「的」な責任ととらえるべきである（第五〇四条とは「別枠組」）。担保の喪失・減少について債権者の害意または故意・重過失を要件とすべきである。⑤以上の前提（①～④）において、まだ銀行取引約定書に「共通担保条項」が残っているならばそれを削除し、過剰な担保の抱え込みをやめ、根抵当権確定前の債務残額と担保のバランスに配慮し、必要な範囲での担保の差替・放棄を行うのであれば、担保保存義務違反に怯える必要はなくなるであろう。そうすれば、担保保存義務免除特約は不要となると考える。

（1） 先述「はじめに——問題設定、拙稿「担保保存義務に関する一考察——民法第五〇四条の立法過程を中心に」岡法五六巻

- 一号三三頁以下、四二、四五頁（平一八）。
- (2) 拙稿「わが国における義務研究の到達点——オプブリーゲンハイト(Obliegenheit)を中心に——」名城五三卷四号一、一四頁（平一六）。
- (3) 山野目章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察——第三取得者、後順位者等に対する担保保存——」金法一四一六号一〇頁（平七）参照。
- (4) 拙稿・前掲注(1)論文四六頁注(3)。